



16

P O R

D. JUAN CAVALLERO
Garcés, vezino de la Villa de Ci-
fuentes, como padre, y legitimo
Administrador de la persona, y
bienes de Don Francisco Ca-
vallero, su hijo segundo,

* * *

C O N

D. LUIS DE ANTEQUERA,
como marido, y conjunta persona
de Doña Ana Maria de Vergara
y Arriola, vezinos de dicha
Villa.

S O B R E

*La sucesion del vinculo, y mayorazgo que
fundò D. Joseph Cavallero Garcés, hermano
del dicho Don Juan, de una mejora de ocho
mil ducados, por su testamento de 21. de Sep-
tiembre passado de 677. y por el codicilo, y
ultima voluntad con que murió en 23. de
dicho mes, y año.*

P O R

D. IVAN CAVALLERO
Garcés, vecino de la Villa de Ci-
luentes, como padre, y legítimo
Administrador de la persona, y
bienes de Don Francisco Ca-
vallero, su hijo segundo.

C O N

DEVIDE ANTEHORA
como marido, y conyugal persona
de Doña Ana María de Vergara
y Aniola, vecinos de dicha
Villa.

Z O R E

La presente del dicho, y suscritos en que
fue el dicho Don Juan de Vergara
del dicho Don Juan de Vergara, de
quien es el presente de la persona
de la dicha Doña Ana María de Vergara,
y Aniola, vecinos de dicha Villa.

Pretende el dicho Don Juan, que el Consejo declare la tenura de dicho mayorazgo en favor del dicho Don Francisco su hijo segundo, y que le mande dar la posesion de sus bienes, y rentas, con frutos, desde la vacante, causada por muerte de Doña Maria Manuela Cavallero, vltima poseedora, por el mes de Mayo de 682. desestimando la pretension de dicha Doña Ana Maria, sobre dezir que sucedió en la mejora de dichos ocho mil ducados, como bienes libres; y por el titulo de heredera de sus hijos.

2 Presupuesto el tenor del dicho testamento, y codicilo, y sus clausulas, que se han impresso para dar à los señores Iuezes, juntamente con el arbol, parece que resulta de ellas, y especialmente de la clausul. 1.ª de dicho testamento, que de los dichos ocho mil ducados de mejora, los cinco mil fuesen para la dicha Doña Maria Manuela; y los otros tres mil para el postumo de que quedaua preñada la dicha Doña Ana Maria Vergara. Y previene el caso de que si no viniere à luz dicho postumo; fuesen los ocho mil ducados enteramente para la dicha Doña Maria Manuela.

3 Y haze en dicho codicilo, y clausul. 2.ª vn presupuesto claro, de que en el caso de llegarse à vnir las dos mejeras, en el poseedor del mayorazgo que instituyó Don Francisco Cavallero, padre del fundador, es su voluntad expressa, que desde entonces quedasse fundado vinculo, y mayorazgo de todos los ocho mil ducados para el hijo segundo, con los mismos llamamientos del mayorazgo de dicho su padre; y con las cargas que refieren las demás clausulas, y se notarán en su lugar.

4 Tambien se supone, que el dicho fundador mu-
riò

riò en 25. de dicho mes de Septiembre de dicho año de 677. dexando por sus hijos, y de la dicha Doña Ana Maria de Vergara, à Don Manuel Joseph Cavallero, que como mayor, y varon sucediò en el dicho mayorazgo de Don Francisco Cavallero su abuelo; y à la dicha Doña Maria Manuela Cavallero, y al dicho postumo.

5. Y tambien parece por los autos, que este nació en 12. de Noviembre del mismo año de 677. y que murió en el mismo mes; y que despues falleciò por Diciembre del mismo año el dicho Don Manuel Joseph Cavallero, viviendo dicha Doña Maria Manuela, hermana de ambos, que le sucediò llanamente en dicho mayorazgo; y se vnieron en ella ambas mejoras (ò ambas porciones de dicha mejora) de ocho mil ducados, y se practicò el caso en que (con esta vnion) previno el fundador la institucion, y existencia de este mayorazgo, y en que por muerte de dicha Doña Manuela sucediò el dicho Don Francisco Cavallero, como hijo segundo del dicho Don Juan.

6. Y siendo este nuestro intento, y el probar que llegò el caso de la vnion referida, y consiguientemente la existencia de dicho mayorazgo en dicha Doña Maria Manuela desde dicho mes de Diciembre, y año de 677. se reduce la prueba à tres medjos.

7. El primero, que aunque dicho postumo saliesse à luz, y fuesse bautizado, y viviesse algunos dias, aviendo muerto sucediò en su porcion la dicha Doña Maria Manuela su hermana, como substituta à dicho postumo en este caso.

8. El segundo, que aunque parece por los autos que nació, y fue bautizado en caso de necesidad, murió luego, por no ser de legitimo tiempo, y no podia vivir naturalmente; y así ni pudo suceder en la mejora, ni transmitir derecho alguno.

9 El tercero, que quando cessaran los dos, y pudiera aver sucedido la dicha Doña Ana Maria de Vergara, como su madre, en la porcion de dicha mejora, quedò privada de la propiedad por las segundas nupcias, que contraxo con dicho Don Luis de Antequera en 15. de Enero del año pasado de 679. en cuyo caso se vnìò, y agregó à la dicha Doña Maria Manuela, como hija del primer matrimonio, que se hallò viva hasta dicho año de 682. possyendo dicho mayorazgo,

Primero Medio.

10 **P**arece claro, y con motivo legal, atendida, y considerada la voluntad del testador; pues siendo, como es, vna la dicha mejora de ocho mil ducados, hecha à los dos hijos cò el concepto, y expressa voluntad de vinculo (en el caso de vnirse con el mayorazgo principal) *su vnio aver substituido reciprocamente à los dos hijos para practicarse dicho caso de vnion.*

11 Para esta inteligencia se deve suponer (como resulta de las clausulas) que el fundador previno dos casos de vnion, ù dos vniones; la primera, de las dos mejoras (ò porciones de esta mejora) en qualquiera de los hijos, aunque no aya llegado el caso de vnirse con el mayorazgo de dicho su padre, *ut constat ex claus.6.* La segunda, en el segundo caso, y tiempo de vnirse ambas mejoras, ò porciones con el dicho mayorazgo de su padre, que es en el que dexò fundado el vinculo, y mayorazgo de todos los ocho mil ducados para el hijo segundo, así en su linea, como en otra qualquiera de la descendencia, y familia de dicho su padre, con los mismos llamamientos que hizo en su mayorazgo, *constat ex claus.2.* Y para que tenga efecto la primera (de que sin dificultad se siguiò, y practi-

cò la segunda) los dexò reciprocamente substituidos.

12 A esta substitucion reciproca la llama el Derecho brevi loqua, porque es hecha brevemente, y con pocas palabras, *leg. cum in testamento, §. hac verba, ff. de haredib. instit. Fular. de substit. quest. 254. n. 2.* y es comprehensiva de dos substituciones vulgares, y dos pupilares, *leg. 13. tit. 5. part. 6.* y puede concebirse segun la forma establecida por el Consulto *in leg. si fundum, 81. §. his verbis, ff. de legat. 1.* que la referimos como terminante para este caso, ibi: *His verbis, Lucio, & Ticio, eorumvè, cui fundum do, lego, utiliter legatur; & si utrique vixerint, utrique: si alter, alteri totum debetur.* De este texto es concordante la ley *Titius, 24. ff. de hared. instit.* vbi Iuriconsultus Celsus ait: *Titius, & Seius, utervè eorum vivet hares mihi esto.* Y sobre esta especie respòde, ibi: *Existimo si uterque vivat, ambo haredes esse. Altero mortuo, eum qui supererit, ex assè haredem fore.* Y Vlpiano dà la razon *in leg. sequent. ibi: Quia tacita substitutio in esse videatur institutioni.*

13 Estos, y otros muchos textos refiere con la doctrina de Bart. Alex. Decio, y otros AA. Gregor. Lopez *in dict. leg. 13. tit. 5. part. 6.* para probar que la substitucion reciproca, ò breviloqua, se haze, y puede segun la forma, y concepcion de palabras, y clausulas que contienen dichos textos; y hazièdo en ellos fundamento, resuelve Fular. *de substit. quest. 254. à n. 6. Quòd substitutiones comprehensa in reciproca non sunt tacita, sed sunt expressa verbis generalibus, glos. 2. in leg. precibus, C. de impuber. & alijs substit. leg. Lutius, ff. de vulg.*

14 Y en este supuesto nos parece que en nuestro caso està figurada la misma especie, y substitucion que la referida en dichos textos: porque la mejora està hecha à los dos hijos, y previniendo el caso de la fal-

ta, y muerte de vno, quiso el fundador que el otro que le sobreviviere goze toda la mejora de los ocho mil ducados, *eo ipso que en la claus. 6.* declaró, ibi: *Que en qualquiera que se hallaren unidas las mejoras de los dichos ocho mil ducados, le ayan de acudir con la mitad de sus reditos à mi señora Doña Ana Maria* (que era su muger, y madre de dichos sus hijos, y à quien en el mismo caso, y para que tenga efecto la dicha vnion, fue visto excluir de la succesion, como se fundarà en su lugar.) Con que ò yà se considere la substitucion expresa (que en el primer caso contiene la *claus. 1.* del testamento, *de no salir à luz el postumo, y ser toda la mejora para dicha Doña Maria Manuela*) ò yà se considere la substitucion tacita en el caso segundo *de salir à luz, y morir despues*, contenido en la *claus. 2.* del codicilo, y en la 6. donde està prevenido el de la vnion en qualquiera de los hijos, resulta, que el que sobreviviò succediò como substituto, con exclusion de dicha su madre.

15 Porque presupuesto el primer caso de vnion de las dos mejoras (ù dos porciones) que el fundador quiso para establecer su mayorazgo, se deve entender el segundo caso, y muerte del postumo con la mesma expresion que si el testador verbis expressis lo huviera dispuesto; pues siendo el fin de su voluntad la dicha vnion, quiso, y tuvo previstos los medios, y modos por donde se pudiesse llegar al mismo fin, quia secundum Philosophum: *Omne agens secundum rationem, agit propter finem, & in omnibus rebus agendis, finem principium esse, dicere solent.* Et ait Bart in leg. si non sint, §. praeueniamus, ff. de auro, & argent. legat. *Quod cum quid est propter aliud, consideratur id propter quod est, leg. 3. Cod. de instit. & substit. leg. certum, ff. si certum pet. at. y siempre se tiene por caso expreso en la disposicion el que se comprehende debaxo de la*

razon licet verbis omiffum fit, leg. scio quasitum, ff. de testib. leg. si postulauerit, §. sed si negauit, ff. ad leg. lul. de adult. & ex doctrina Bart. & ex alijs tenet D. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. num. 21. ibi: Ex quo fit, vt §. si in specie ha substitutionis ab institutore facta non fuerint: expressa tamen censenda sint, quando enim aliquis casus venit ex natura expressi, censerit debet expressus, quamvis in verbis specificè prouissus non sit. Et cap. 5. num. 7. ibi docet ipse D. Molin. Quod quamvis verba dispositiua propriè non decidant certum casum: si ratio dispositionis illum decidit, ille casus dicitur propriè esse in dispositione. Y à este intento profigue idem Dom. Molin. in dict. cap. 7. ex num. 8. & seqq. con gran comprobacion de textos, y doctrinas; y concluye in dict. num. 9. Quod fideicommissa extenduntur, ampliantur, limitantur, & declarantur, ex ratione, ex qua testator motus fuit ad disponendum, leg. cum pater, §. dulcissimie. ff. de legat. 2. qui predictas ratio est a nima. & spiritus dispositionis, prout dixit Bald. in leg. si quis seruo, num. 7. C. de furt.

16. Luego si la razon expressa, motivo, y causa final del fundador (para que illegasse la existencia de dicho mayorazgo) fue prevenir los dos casos de vnion que quedan referidos, aunque solamente expressasse vn modo, ò forma de sustitucion (como no salir à luz dicho postumo) fue visto (à semejança de este mismo caso) aver expressado, como se deve tener por expresso, el siguiente modo, ò forma de substitution en el siguiente caso de salir à luz el postumo, y morir pocos dias despues, como sucediò, de quo ex text. in l. Gallus, §. 29. ff. de liber. & posthum. ibi: Etiam si non exprimat de morte filij, sed simpliciter instituat: vt eo casu ualeat, qui ex verbis concipi possit. Tambien se prueba ex §. & quid sit tantum, in illis verbis: Sed ex sententia legis Vellea, & hac omnia admittenda sunt, vt ad simi-

litudinem mortis, ceteri casus admittendi sint, ita tenet Don Iuan del Castillo *lib. 4. controu. cap. 15. num. 15.* ibi: *Quod casus omissus pro expresso habetur, quando talis casus subintelligi potest virtute expressi, vel ex natura actus, & tunc dispositio facta in unum casum, porrigitur ad casum omissum;* ita sanè ex Bart. *num. 3. in dict. §. & quid sit tantum, communis est sententia de los muchos AA. que refiere: & num. 20. 22. 31. & 35.* profigue con nuevos fundamentos la comprobacion de esta regla, que en muchos casos practica semejantes al de nuestro pleito, & *videndus num. 72.* pro intelligentia *d. §. & quid sit tantum,* à nuestro intento.

17 Vterius que aunque el fundador no huviera expressado caso alguno para practicar algun modo, y forma por donde se llegasse à dicha vnion, y que simpliciter dexasse instituïdo el mayorazgo debaxo de aquella condicion: *Y si succedere vnirse ambas mejores, &c.* sin dezir, ni prevenir el tiempo, y modo, y forma de vnirse, basta que en qualquier tiempo llegue el caso, y modo de poderse cumplir esta condicion, y practicarle la vnion, probant text. *in leg. hac conditio, 10. ff. de condit. & demonstrat.* donde la condicion puesta à la hija fue absoluta, vt ibi: *Cum nupserit.* Y dize el Consulto, ibi: *Talis est, vt qui testatus est, impleri solummodo conditionem voluerit: non satis egerit quando leg. si quis heredem, Cod. de instit. & substit. ibi: Sancimus quancumque impleta fuerit conditio, siue vivo eo, siue mortis tempore, siue post mortem, conditionem videri esse completam. Et faciunt sequentia verba, ibi: Quod in legatis, & fideicommissis, & libertatibus obtinendum esse censemus: ne dum nimia utimur, circa huiusmodi sensus subtilitate, iudicia testantium defraudentur, leg. in substitutione, 31. ff. de vulgar. ibi: Quisquis haeres quandoque fuerit intelligatur. Et in finali-*

bus verbis concludit: *Futurum tamen cum heredem ex substitutione creditum est.* Et ex his, & alijs iuribus docet D. Molin. *lib. 3. cap. 10. num. 22.*

18 Aun en calo mas riguroso procede el fundamento que haze esta parte con la substitution tacita, y reciproca que queda fundada, y que se deve tener por subintelecta, y expressa en el calo de nacer, y morir el postumo, como la expressa en el calo de no salir à luz, si se considera que asi en la materia de instituciones, como de substitutions, se induce tacita, y directa institucion, ò substitution, *ex coniecturis quæ summuntur ex verbis scriptis, & expressis in testamento,* vt latè probat cum Bald. Alciat. Socin. Menoch. & alijs, D. Iuan del Castill. *lib. 4. controu. cap. 15. ex num. 62. cum seqq.* donde refiere tres sentencias, vna afirmativa, y otra negativa; y la tercera, que concilia las dos, y la que todos siguen por comun, *cum distinctione, num. 67. ibi; Aut coniectura summuntur ex his, quæ in testamento expressa fuere, & tunc locum habet opinio prima, nempe directam substitutionem coniecturis, & presumptionibus induci posse. Aut coniectura summuntur extrinsecus, & tunc procedit secunda opinio.* Y cõprueba esta resolucion, demàs de los AA. referidos, con los dos textos *in dict. leg. Titius, & Seius, cum leg. seq. de hered. instituend.*

19 Y en este caso concurren muchas congeturas ex verbis ipsius testamenti: *La primera,* la del concepto, y voluntad expressa de vinculo, y mayorazgo, instituido en el caso de dicha vnion. *La segunda,* que estando hecho con los llamamientos del mayorazgo de su padre, parece preciso que dicha Doña Maria Manuela estè llamada, y substituida, como nieta suya. *La tercera,* que en el caso de no salir à luz el postumo, toda la mejora fue para la dicha Doña Maria Manuela. *La quarta,* se induce de los casos de vnion que estàn

pre-

prevenidos. *La quinta*, de los dos casos en que se manda acudir con la mitad de la renta à Doña Ana Maria, madre de los dichos hijos, como en la *claus. 3. y 6.* *La sexta*, nace de la obligacion de la Miffa perpetua en cada Sabado, que impone al poseedor de este mayorazgo segundo *por la claus. 5.* *La septima*, se induce de la *claus. 1.* pues previene, que los ocho mil ducados se pongan en renta, y su procedido se convierta en céfios por el espacio de veinte años, ibi: *Para que viniendo los tales sujetos à quien vâ señalada la dicha mejora, se les entregue con su capital.*

20 De que se infiere, que no solo quiso el fundador que saliesse à luz dicho postumo, sino que viviesse el tiempo referido, para que se le pudiesse entregar su porcion. Y continuando, sin intermedio de otras palabras la *claus. 2.* con el calo de la vnion, è institucion de este mayorazgo, resulta de las dichas congeruras vna substitucion *directa, y reciproca* entre los dos herederos, ò porcionistas, à quien se hizo dicha mejora, segun la comun resolucìon de los AA. que queda referida, y defiende Castillo *in dict. cap. 15. num. 69.* *vbi substitutio extendit de casu ad casum, & num. 81. de persona ad personam quãdo habet eandem rationem, vel extat presumpta mens testatoris, & magis procedit in fideicommissarijs substitutionibus, siue fideicommissaria dispositione, quacumque facilius solis coniecturis, & presumptionibus inductas ipsas censerì, ex Mantie. de coniectur. lib. 5. tit. 1. num. 16. Menoch. lib. 4. presump. 67. num. 17. Petra de fideicommiss. quest. 9. num. 60. D. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 24. & 25. vbi cum pluribus testatur veriorẽ esse hanc opinionem, & in Hispanorum primogenijs omninò admittendam.*

21 Luego aunque el testador no exprestasse tiempo, ni modo, ni los casos en que se podia cumplir la condicion, bálta que en qualquiera tiempo, y caso se

verifique, para que se tenga por hecha la vnion de dichas mejoras, y consiguientemente exista el mayorazgo de todos los ocho mil ducados, como sucedió con la muerte del postumo, *que nació, y murió en dicho mes de Noviembre de 677.* en cuya porcion sucedió la dicha Doña Maria Manuela su hermana; è inmediatamente en el siguiente mes de Diciembre tambien sucedió en el mayorazgo por muerte del dicho D. Manuel Joseph su hermano; con que se practicaron las dos vniones; La primera, de la porcion de dicho postumo. Y la segunda, de ambas porciones, y mejoras con el dicho mayorazgo; desde cuyo tiempo, è instante quedò instituido, y existènte el dicho mayorazgo de ocho mil ducados para el hijo segundo, de que fue poseedora dicha Doña Maria Manuela (como vnica en la linea de Don Joseph Cavallero su padre) hasta el mes de Mayo de 682. que por su muerte vacaron ambos.

22 Y vltimamente quando cessara el discurso, y motivos referidos, y nos hallassemos en los nudos terminos de la substitution expresa en el caso de no salir, ni venir à luz el postumo, bastava esta prevencion para la prueba del concepto, y voluntad del fundador; pues la substitution no quedò restricta, y limitada à este solo caso, sino con ampliacion, y extincion al segundo; scilicèt, *si postumus natus, & mortuus fuerit, vt ex leg. fin. Cod. de instit. & substit. tradit D. Iuan del Castillo in dict. cap. 15. num. 73. ibi: Tertio adduci solet textus in leg. fin. C. de instit. & substit. vbi substitutio facta eo casu. quo postumus natus non erit, extenditur ad casum, quo natus, & mortuus fuerit, vel repudauerit, prout Bartol. Bald. Alber. Angel. & communiter Scribentes ibi notarunt, y contra Trentacinquo, y Fachin. defiende por comun resolucion, y sentencia la de este texto con las de dichos AA. y la de Paul. Leon, à quien refiere.*

23 Y en comprobacion de las doctrinas referidas es lugar formal, y expreso el de Acevedo *in leg. 3. tit. 6. lib. 5. Recopil.* (quæ est 3. Taur.) *num. 18. & 19.* donde propuesta la questiõ presente de la mejora que vn padre hizo à dos hijos, responde, ibi: *Quod ambo erunt meliorati, & quod vno eorum decedente, alter super tes tacitè, & vulgaritè substitutus erit*; y se funda *in dict. leg. Ticius, & Seius, ff. de hered. instit. & in l. 2. tit. 5. p. 6. ibi: E si el vno muriere tan solamente, auerla ha el otro que fuere viuo.* Y tambien refiere la doctrina de Alvarad. *de coniecturata ment. testator. lib. 3. cap. 2. §. 2. num. 12.* y las de Antonio Gomez, y otros Autores.

24 De que resulta, que hallandose en vno, y otro caso substituida la dicha Doña Maria Manuela, *vulgaritè, & expressa substitutione*, y siendo el sucedido el segundo caso, con la muerte del postumo sucediò en toda la mejora, y llegò el caso de la vnion con exclusion de la dicha Dona Ana Maria la madre.

25 Y aun en los terminos que no pudiera estimarse la referida por expresa vulgar substituciõ, sino por tacita pupilar, *contenta tamen in substitutione reciproca; tunc non dicitur tacita pupilaris, sed expressa ad exclusionem matris*; como laramente funda, y resuelve esta conclusion Fusar. *de substit. quest. 258. cum Mantio. Bart. Menoch.* y otros muchos, haziendo la distincion que refiere à *num. 1. vers. Probatum*, entre la substitucion tacita pupilar, contenida *in vulgari expressa, qua est omninò tacita*; y regularmente no excluye à la madre: y entre la pupilar contenida *in reciproca, qua dicitur expressa, & admittitur contra matrem, ex gloss. 2. post med. in leg. precibus, C. de impuber. & alijs substitut. & ex glossa magna in leg. in testamento, C. de testam. milit.*

26 Y aunque en el *num. 4. idem Fusar.* refiere la

limitacion que Immol. Rip. Alexand. y otros llevan, que la substitucion tacita pupilar contenida en la vulgar expressa no excluye a la madre, en el num. 5. lleva la contraria opinion, con Decio *in dict. leg. precibus*, num. 20. *Et in dict. leg. in testamento*, num. 18. Vazq. *de successione progress.* s. 15. num. 114. Menoch. *lib. 4. praesumpt.* 60. n. 47. *Et seqq.* maximè num. 50. *Et* 51. cuya opinion dize que ligue por mas verdadera, y que para esto no se funda en la razon de Decio, *quod sit haec substitutio expressa verbis generalibus, sed ex alia ratione, quia scilicet sunt substituti filij testatoris verisimiliter magis dilecti.*

27 Y en comprobacion de esta opinion misma; demàs de la del texto en la *ley Lucius*, ff. de vulgar. comprobatur etiam ex text. in *leg. Aurelius*, s. *Ticius testamento*, ff. de liberation. legat. ibi: *Praesumptio enim propter naturalem affectum facit, omnia patri videri concessa.* De donde nace, que la presumpcion que se funda *in ratione naturali, sicut est ea, quae fundatur in ratione civili*, vt tenet Mieres *de maioratib.* 2. part. in initio, num. 344. y en los numeros 345. *Et* 346. funda la referida opinion, de que aunque la tacita pupilar *in vulgari comprehensa*, regulariter non excludat matrem: tamen ratione qualitat. persona ipsi testatori coniunctae, ex praesumpta mente ipsius testatoris, excluditur ipsa mater, quia verisimile est, quod testator voluit filium suum uxori praeferrere, secundum Bart. in *leg. maioribus*, quaest. 4. num. 36. ff. de vulgar. y con Bartolom. Socin. conf. 23. n. 21. *lib. 1.* dize, ibi: *Vnum est notabilissimum, quod quotiescumque agimus de coniecturanda, aut interpretanda, seu praesumenda testatoris voluntate, quando aliquid inest dubium, semper coniectura sumitur ex affectione, et praeponderat, non solum alijs coniecturis, sed etiam verbis, dummodo verba possint habere aliquam dubitationem, ex dict. leg. cum acutissimi, Cod. de fidei-*
com-

commiss. Et in d. leg. cum avus. ff. de condit. Et demonstr. quia coniectura deducta ex affectione, est alijs potentior, ut tradit Mantica. de coniectur. lib. 7. tit. 10. ubi num. 12. scribit: Quod ex affectione personarum capiunt praesumptio, ut magis valeat, quam pareat dispositio, licet secundum propriam verborum significationem salvari non possit.

28 Y avendo referido à Mascardo, Alciato, Rebufo, y otros AA. idem Mier. concluye num. 349. in fin. ibi: Hæc omnia non sine fructu sunt ad lites maioratus, quæ ex maiori parte pendent à coniecturandis defunctorum voluntatibus.

29 La conclusion referida se comprueba, pues de las mismas clausulas no solo resulta vna congetura expressa, de que en este caso el fundador quiso preferir al hijo superstite, y excluir la muger, sino voluntad expressa; pues assi en el caso de concurrir los dos mayorazgos en vn possedor. como en el de averse vnido las dos porciones de mejora en vno (aunque no ayan llegado à vnirse con dicho mayorazgo) previno, y mandò, que à la dicha su muger se le acudiesse con la mitad de las rentas de dicha mejora, y cantidad de ocho mil ducados, clausul. 3. Et 6. ita resolvit Anton. Gomez lib. 1. variar. cap. 3. num. 10. ibi: Vnum tamen est, quod dicta substitutio pupillaris tacita, bene admittitur contra matrem, quando expressè, vel tacitè possit constare, quod testator voluit matrem excludi, Et præferre substitutum; ita probat text. formalis, Et expressus in leg. in testamento, 6. in fin. C. de milit. testament. Et ex alijs iuribus.

30 Y mas en terminos prosigue en el vers. siguiente, ibi: Et si queras ex quibus præsumptionibus, Et coniecturis præsumatur, Et colligatur voluntas defuncti, quod voluit matrem excludere? Respondeo, quod ex seqq. refiere quatro congeturas, y la segunda, y quar-

ta conducen à nuestro intento, ibi: *Secundò ex his, quæ dixit in testamento, ut quia uxori aliquid reliquit, & dixit: ut eo sit contenta, & plus petere non possit ab ipso substituto pupillari, arg. text. in leg. peto., de legat. 2. & in leg. fideicommissa, l. 1. §. si quis ita, de legat. 3. Et inferiùs, ibi: Quarta, ex conditione, & qualitate ipsius substituti, ut quia alter filius ipsius testatoris, fraterque ipsius impuberis est, ei vulgariter substitutus: nam tunc virtute tacite substitutionis pupillaris, excludit matrem quia est presumendù, quod testator nolluit suam successionem alienari, & sic uxori præferri, ex text. in dict. leg. cum avus, & dict. leg. cum acutissimi, & leg. generaliter, §. cum autem, C. de instir. & substit.*

31 Y esta resolucion, y doctrina procede con mayor razon en nuestro caso, que en el de Antonio Gomez: porque *ut constat in dict. cap. 3. num. 7.* la question que propone, y determina es en terminos de legitima, en que pretendia suceder la madre; y la dexa excluida con los motivos, y fundamentos que junta *vsque ad num. 11.* y en nuestro caso no se cuestionan las legitimas (pues estas las llevó la madre, è importaron mas de diez mil ducados) sino sobre la porcion de la mejora que se dexò al postumo, con la calidad de vinculo en llegando el caso de la vnion referido, de que entre los hijos pudo disponer libremente el padre, y en que quedò la madre excluida por los motivos, y fundamentos, y evidentes congeturas que yán apuntadas.

32 Con lo qual concurre la voluntad, allanamiento, y consentimiento de las partes, que como sabidoras, y entendidas de la del testador, *leg. si quis à filio, §. si quis plures, de legat. 1. Castillo lib. 3. contron. cap. 10. num. 25. Barbol. in leg. si quis intentione ambigua, ff. de iudic. n. 50. & 51.* en la quenta, y particion que se hizo de sus bienes libres, fol. 52. B. formaron
plic

9

pliego para la mejora de los ocho mil ducados en 5. de
Noviembre de 678. muerto el postumo, y D. Manuel
Joseph (poseedor que fue de dicho mayorazgo) y vi-
va la dicha Doña Maria Manuela, hermana de ambos,
en quien recayò dicho mayorazgo, y la dicha mejora;
y se dixo, y previno de acuerdo, y consentimiento de
todos, que dicho pliego se formava à parte de la dicha
mejora de ocho mil ducados, para que siga el cumpli-
miento que el testador mandò por su codicilo, y se poses-
sen en renta segura; en cuyo acto no se duda concu-
rriò, è intervino con los demàs la dicha Doña Ana
Maria de Vergara, sin que pidiesse, reclamasse, ni pro-
testasse, en quãto à la porcion de dicho postumo, aun-
que (como queda dicho) avia vacado por su muerte
desde Noviembre de 677. que avia corrido vn año,
contentandose con las legitimas del susodicho, y de-
màs hijos.

33 De este hecho resulta: lo primero, que sien-
do el acto de la division, y particion de bienes tan con-
trario al de la vnion, y vinculo, como es notorio, y ad-
vierte D. Valençuel. *conf. 172. à n. 20.* y funda en los
siguientes, aviendose exceptuado los ocho mil ducados
de dicha mejora, y separado de los demàs bienes
libres (que se dividieron, y partieron como tales) para
el cumplimiento de la voluntad del testador; siendo,
como fue, expressa la de dicha vnion, y vinculo, por
el mismo hecho lo reconocieron, consintieron, y apro-
baron las mismas partes, y con ellas la dicha Doña Ana
Maria de Vergara, que no puede impugnarlo, ni con-
tradecirlo con ningun pretexto, *ex leg. generaliter*,
Cod. de non numerat. pecun. cum vulgat. & ex Bart. in
leg. qui Roma, §. duo fratres, ff. de verbor. obligation.
Fufar. quest. 593. num. 11. §. 19. Rodrig. Xuar. in leg.
quoniam in prioribus, in Add. ad §. 5. n. 6.

34 Lo segundo, porque como tambien advir-

tiò idem Dòm. Valençuel. *in dict. conf.* 172. num. 27. el motivo antecedente procede con mas certeza, ibi: *Animadverso onere pio, quòd reliquit impositum institutor super dicto vinculo, quo inspecto pro meliori illius implemento, debent bona conservari indivisibilia, ut argum. leg. cui fundus, ff. de condit. & demonstr. tenent Valasc. consult. 82. n. 8. Perez de Lara dict. cap. 4. n. 4. Flor. de Men. lib. 1. q. 17. n. 23.*

35 Y del discurso que llevamos hecho sobre este primer medio, motivos, y fundamentos legales que van apuntados, resulta (en nuestro corto dictamen, sujeto siempre à la superior censura) comprobado el intento, y desempeñada la obligacion de probar que la dicha Doña Maria Manuela fue substituida por voluntad expresa del fundador su padre à el postumo su hermano, para la vnion que previno de la mejora de ocho mil ducados en qualquiera de ellos, ò yà se considere la substitucion expresa por voluntad, ò yà substituta, expresa, y contenida en el segundo caso, como lo resuelven, y determinan, con expresas leyes, los Autores referidos; ò yà se estimen las muchas y evidentes congeturas que resultan ex verbis ipsius testamenti, en que dichos Autores fundan la extension, y comprehension de ambos casos para admitir qualquiera de las yà referidas substituciones, que en estos terminos dexan excluia à la madre en competencia de la afeccion, y predileccion del hijo substituto; maximè quando el testador quitò el motivo, y causa de toda duda, *aliquid matri relinquendo*, como la mitad de dichas rentas en el mismo caso, y tiempo que previno la vnion; que la misma madre conociò, y tuvo presente para consentir en dicha particion: que se formasse enteramente el pliego de los ocho mil ducados de mejora, para que siga el cumplimiento de la voluntad del fundador en dicho codicilo,

en donde no se halla otra mas que la de dicha vnion, è instituciõ de dicho mayorazgo. Y tambien resulta, que en fuerça de dicha substitucion, nacido, y muerto el postumo en dicho mes de Noviembre de 677. se causò la vnion de dicha mejora en dicha Doña Maria Manuela, y por la muerte del dicho D. Manuel Joseph su hermano en el siguiente mes de Diciembre de dicho año de 677. vacò el mayorazgo, y sucediendo en èl dicha Doña Maria Manuela, se verificò la vnion de la mejora en el poseedor de dicho mayorazgo, y que. dò instituido, y existente el segundo; y vno, y otro gozò (como vnica en su linea) la dicha Doña Maria Manuela, hasta que murió por Mayo de 682. por cuya vacante sucediò en el de dicha mejora el dicho D. Francisco, como hijo segundo de D. Juan Cayallero;

Segundo Medio.

36 **Q**uando no tuviera tan bien fundada su intencion esta parte para vencer por el primero (mediante el discurso que vò hecho sobre la dicha substitucion) parece innegable el que resulta de este segundo; pues se ajusta por los autos, que el dicho postumo, aunque nació, y fue bautizado, no fue parto legitimo, ni de legitimo tiempo, y no podia vivir naturalmente: así resulta de las deposiciones de los testigos, cuya probança fue hecha en 28. de Enero de 686. de que brevemente referirèmos sus deposiciones, por las circunstancias que contienen.

37 Don Baltasar Garcia, dice, *nació el postumo dia de San Diego 12. de Noviembre, y estando presente el testigo; y al mismo tiempo dixo dicha Doña Ana Maria su madre, que si al dicho Don Juan importaua que el postumo no fuesse de dias, primero era su alma, que quan-*

quanto dinero auia en el mundo; y assi desde luego de-
claraua que no lo era.

38 Acacio Perez, que nació por Nouiembre, y
que al mismo tiempo de el parto la oyò dezir à la dicha
Doña Ana Maria, y al Licenciado Don Iuan Baptista
Lara, Cura de dicha Villa, y à otras personas, que no
era de dias.

39 El Doctor Don Iuan de Bustos, Medico de
dicha Villa, que la oyò dezir en algunas ocasiones la
pareció no ser parto natural por entonces, hasta despues
que estando casada con Don Luis de Antequera (que
avian pasado dos años) dezia que lo pudo ser, por quan-
to estando preñada de dicho Don Luis, aunque le vino
la purgacion menstrual, parió, al parecer, de nueue me-
ses.

40 El Doctor Don Domingo Estevan, Medico,
que nació por Nouiembre, y asistiò al parto; y que aun-
que oyò de algunas personas que dicha Doña Ana de-
zia que no era de tiempo cumplido, el testigo no puede,
ni se atreue à declararlo, ni puede colegirlo de las dispo-
siciones con que nació.

41 Iuan Dolz, Cirujano, dice oyò dezir al Doctor
Don Joseph Rubio, Medico que à la sazón era assala-
riado en dicha Villa, hombre docto, y de toda aproba-
cion, que segun la quenta que hazia dicha Doña Ana,
el parto no era de tiempo cumplido.

42 El vltimo testigo es el dicho D. Iuan Baptis-
ta Lara, Cura de dicha Villa, y lo que dice es, que el
postumo nació, y le bautizó en la casa de dicha D. Ana
por caso de necesidad: que à pedimento de la susodicha
tiene hecha esta misma declaracion (extrajudicial, y sin
juramento, à fol. 37. y que queriendo dezir en ella como
auia oido dezir que el niño no era de tiempo (por cuya
causa le bautizó en caso de necesidad) la dicha Doña
Ana embió un recado al testigo con Don Miguel de la

Barreda, su primo, diziendo, que no necesitaua de esta circunstancia; mas que tan solamente que declarasse auerlo bautizado. Y haziendole la replica al dicho Don Miguel por dos, ò tres vezes, que si era la verdad lo que declaraua: le dixo, que si, que assi lo declaraua su prima, y que lo auia dicho assi al tiempo del parto; pero que esta declaracion no la necesitaua. Y estando dudoso el testigo en si omitiria esta circunstancia, ò no, le dixo el dicho Don Miguel de la Barreda: Haga usted la declaracion segun pide mi prima, que en la probança de D. Iuan, si lo pidiere, podra V. m. declararlo; y por esta causa lo omitiò en aquella declaracion.

43 La misma Doña Ana Maria, en virtud de provision del Consejo, à pedimento del dicho D. Iuan, tambien ha hecho su declaracion en 19. de Febrero de 686. con tanta variedad, y complicacion, como por ella parece, pues dize, que quando murió su marido quedò preñada en cinco meses, poco mas, ò menos, y que nació el postumo con alguna duda que por entonces tuuo de no auer estado preñada los nueue meses; y despues ha reconocido en otros partos que no fue cierta, por que preñada de quatro meses no lo sabia; y por entonces quando murió D. Ioseph, no puede afirmar del tiempo que quedò; mas que por la quenta que tenia quedò preñada de mas de quatro meses, y que assi el parto fue legitimo.

44 Tambien devemos suponer por lo que conduce à este hecho, y para convencer la suposicion, y fraude con que se procedia por la dicha Doña Ana, y Don Luis de Antequera su marido, que aviendose sacado por Don Iuan en virtud de provision del Consejo, y con citacion de los referidos, la partida de entierro de dicho postumo en 29. de Enero de 686. pieça de probanças, fol. 24. B. no contiene dia cierto; pues dize, ibi: En el mes de Noviembre de 677. criatura de Don Ioseph Cavallero, todos à San. Francisco, veinte y

quatro reales. Y aviendose sacado à pedimento de dicho Don Luis, pieça de autos, fol. 37. B. sin citacion, ni auto de luez, del mismo libro, la misma partida se halla con dia cierto, y señalado, y con la palabra Cabildo, que no contiene la antecedente, pues dize, ibi:

En 22. de Noviembre, criatura de Don Joseph Cava-
llero, todos Cabildo à San Francisco, veinte y quatro
reales.

45 De este hecho resultan tres conclusiones: *La primera*, el convencimiento de dicha Doña Ana Maria en el dolo, y fraude con que despues de calada con Don Luis de Antequera quiso suponer por legitimo, y de tiempo cumplido el postumo, contra su proprio dictamen, conocimiento, y quenta, que la obligò à confesar al tiempo del parto, y declarar que no era de tiempo, como resulta de las deposiciones de dichos testigos; maximè de las de *Don Baltasar Garcia, el Doctor Don Iuan de Bustos, y dicho Cura Don Juan Baptista Lara*, cuyas deposiciones ella acredita con su declaracion, pues en fuerça de la verdad (aunque avisada, prevenida, è interpelada con el pleito) confiesa, que al tiempo del parto estuvo con alguna duda, y que instò en que le bautizassen. Aunque esta confesion la quiere dorar despues con las circunstancias que añade su afectaciòn, en que demàs de no averse hecho por su parte probança, ni examinado la Comadre que cita, ni otra justificacion alguna, la convence el recado que con su primo *Don Miguel de Barreda* embiò al dicho Cura, para que callasse, y ocultasse la verdad en la declaracion que refiere, y manifestò, y depusò en dicha probança; cuyo testigo està acreditado con los demàs, y por si solo tanquam valdè digno Cura, y Partoco, haze plena probança.

46 *La segunda conclusion* con que se califica
que

que no era de legitimo tiempo, ni podia vivir naturalmente, resulta del presupuesto, y confesion que haze la dicha su madre; porque aunque al principio dize, quedò preñada de cinco meses, poco mas, ò menos, quando murió su marido: despues varia, y dize, que no puede afirmarlo; pero que segun la quenta que tenia, quedò preñada de mas de quatro meses. Y aunque conforme à Derecho (tanto por la variedad, como por el interés que tiene en la causa, *ex qua commodum reportare curat*) ei credendum non sit, *ex l. 1. §. si mulier, ff. de liber. agnoscend. l. 1. §. per calumniam, ff. si mulier ventr. nomin. Et ex toto titulo de inspiciendo ventr. ex quibus, & alijs iuribus tenet Carranç. de part. cap. 1. sect. 1. num. 24. Giurb. ad Consuetud. Mesanens. cap. 8. 1. p. gloss. 2. num. 5.*

47 Quando sin perjuicio de nuestra defensa, hagamos presupuesto, difiriendo à esta confesion, contando desde dicho dia 25. de Septiembre, en que murió su marido, hasta el de 12. de Noviembre en que nació el postumo, no se hallan seis meses cabales, pues para ello faltaron los trece dias que restavan hasta 25. de dicho mes de Noviembre: y conforme la resolucion comun de los DD. que tratan esta materia, y à las decisiones de las leyes de nuestro Reyno, à lo menos para que fuesse legitimo parto, y capaz de poder vivir naturalmente, heredar, y transmitir sus derechos, era preciso que naciesse dentro del septimo mes: para lo qual constituyò, è hizo formal regla el señor Rey Don Alfonso el XI. deducta ex text. in leg. septimo mense, *ff. de stat. homin. Et leg. intestato, §. 3. ff. de suis. Et legitim. hared. l. quod certarū, C. de posthum. hared. instit. Et ex nouell. Iustinian. 39. que est Authenti. de restit. Et ea que parit. coll. 4. vt. constat in l. 4. tit. 23. part. 4. que empieça, ibi: *Ipocras fue vn Filosofo en el Arte de la Fisica, è dixo, que lo mas que la muger preñada puede traer la cria**

criatura en el vientre, son diez meses. Y mas abaxo
 dispone, y resuelve, ibi: *Otrofi dixo este Filosofo, que la
 criatura que naciere fasta en los siete meses, que solo
 tenga su nacimiento vn dia del seteno mes, que es cum-
 plida, y viuidira, è deue ser tenuta tal criatura por le-
 gitima del padre, è de la madre que eran casados, è vi-
 uian en vno à la saçon que la concibió. Esto mismo deue
 ser juzgado de la que nasce fasta en los nueue meses,*
quam leg. ad litteram ponit, Carranç. de part. in tit. de
quinque mestrub. & semestrib. cap. 9. à num. 28. & 29.
*despues de aver referido à num. 3. la sentencia, y co-
 mún resolucion de Hippocrat. Galen. Avicen. Franc.*
Valles, & Ludou. Mercad. scilicèt: Vt à septimo mense
initia partus vitalis, & naturalis desumi debent, &
*quintum sextumque eis ineptos, vt firmissimum supo-
 nunt, ex Philosophis Aristotel. Plin. Plutarch. & alij,*
ad severantes: Antè septimum mensem nullum fetum
vita competem nasci. Ex Iurisconsultis Vlpian. in dict.
leg. intestato, & Paulo in dict. leg. septimo mense, vbi
*quinque mestrem, & semestrem, ex sententia & auctori-
 tate Hippocratis, à nomine iusti & naturalis filij ex-
 clusisse deprehenditur. Bart. & Bald. Iasso, Alex. & alij*
sequuntur præd. sententiam, & Mantic. Iull. Clar.
*Menoch. Aceved. Giurb. & Paul. Zachias, quos tra-
 dit Carranç. in dict. num. 3. vers. fin. ex quorum senten-
 tijs deducta fuit præ dict. l. 4. tit. 23. part. 4.*

48 Ergò, si se deve juzgar el caso por los seis
 meses, y entrado en el seteno, aunque sea vn solo dia;
 y en el presente el postumo nació quando le faltavan
 treçe dias para cumplir los seis: atendida esta ley, y
 regla general, no puede, ni deve estimarse por hijo
 legitimo, ni natural dicho postumo para que pudiessc
 heredar, ni transmitir, y se deve tener por abortivo.
 Esto mismo califica la decision de la l. 13. *Taur.* por-
 que aunque estableció, que no se tenga por abortivo
 quan-

quando nació vivo todo, y vivió veinte y quatro horas, y fue bautizado; teniendo para esto presente el Legislador *dicta leg. quod certatura, 3. C. de posthum. hered. instit.* despues teniendo tambien presente *dicha ley de Partida*, que en el tiempo hizo regla general, continúa *dict. l. 13. Taur.* ibi: *Pero si por ausencia del marido, ò por el tiempo del casamiento, ò por otro modo, ò causa (como en nuestro caso) claramente se probasse que nació en tiempo que no podia vivir naturalmente; Mandamos, que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea auido por natural, ni legitimo.* Y así esta ley en quanto al tiempo de nacer, se deve entender, y suplir con la disposicion *dicta legis Partida*, vt notat idem Carranç. *de part. cap. 9. n. 40. vers. Demum, ex l. 13. Taur.*

49 La tercera conclusion se reduce à dezir, y suponer por dicha Doña Ana Maria, que dicho postumo fue legitimo, y de dias, porque despues de nacido, dize que vivió ocho, ò nueve.

50 De este supuesto no ay probança, porque en los testigos, solo vno, que es *el Doctor Don Domingo Estevan*, dize, que vivió de nueve à once dias: que al quinto, ò sexto le dió el achaque de camaras (y diziendo dicha Doña Ana en su declaracion, que murió de dicho achaque) prosigue el testigo, y dize, que se bautizó al septimo, ò octavo: y demás de deponer inconstante, y con esta variedad, los demás testigos le convencen, pues dicho Acacio Perez (quando dize como los demás, que Doña Ana confesó al tiempo del parto, que no era de dias) solo añade, que vivió algunos: y dicho Cura Don Iuan Baptista dize, que *auiendo nacido, le bautizó por caso de necesidad en casa de la dicha Doña Ana.* Y lo que mas acredita esta suposicion, es *la dicha partida de entierro*, que dicho Don Luis sacó sin citación, poniendo en ella el dia cier-

10 22. de Noviembre; cuya falsedad, no solo se califica con la misma partida (que sacò Don Iuan en virtud de promission del Consejo, con citacion, y en toda forma) que no contiene dias, sino con las otras dos partidas que tambien se sacaron, todas de vn mismo libro, y tampoco la tienen. La vna de Don Manuel Joseph, que dize: *En el mes de Diziembre de 677. criatura de Don Joseph Cauallero, todos à San Francisco.* La segunda, de la dicha Doña Maria Manuela, que tambien dize: *En el mes de Mayo del año de 682. criatura de Don Joseph Cauallero, todos à San Francisco, 24. reales,* sin que ninguna contenga dia cierto; y assi la que sacò Don Luis se conuence de falsa, y que se ha obrado con mala fee por su parte, y la de dicha Doña Ana, mediante el recado que embiò à dicho Cura con dicho Don Miguel de Barreda su primo, y lo demàs que queda dicho, y resulta de su misma declaracion, confession, y suposicion de dicha partida.

51 Pero caso negado, que el supuesto referido sea cierto, y no se estime la satisfaccion dada, y que el postumo huiera vivido ocho, diez, ò mas dias, no se infiere, ni induce por esto que pueda ser legitimo, pues sin embargo se tienen por abortivos, è ilegítimos: vt ex iuribus suprà relatis tenet idem Carranc. in dict. cap. 9. num. 33. ibi: *Et consequenter quinque-mestres, aut semestres partus, & si diu vixerint, apud nos abortiuini, illegitimique erunt censendi, quemadmodum, & undecimestres. Et num. 40. vers. Hoc autem, idem tenet, ibi: At attentat. l. 4. tit. 23. parti. 4. aliter res ista terminabitur, nec ullus quinque-mestris, aut semestris, aut undecimestris admittitur, & si plures vixerint dies, cum lex illa hos omnes à successioneibus, & nomine filiorum excludat, illosque tantum admittat, qui à septimo, decimum vsque mensem nati fuerint.* Y en comprobacion de esta doctrina, y resolucion, que lle-

vamos fundada, es singular, y en terminos la de Paulo Zach. qq. *Medic. leg. lib. 1. tit. 2. quæst. 2. ex n. 12. cum seqq. vbi ex dict. leg. intestato, §. fin. & ex alijs iuribus, & auctoritatibus Medicorum, & Philosophorum resoluit, ibi: Communissima ergo opinio, ac verissima. & nulla controuersione ambigua est: natos ante septimum mensem, neque legitimos esse, neque vitales. Et n. 18. ibi: Comparatur igitur natus ante septimum, ei qui nunquam natus est, Tiraquei. vbi supr. *Surd. cons. 347. num. 9. tom. 3. ita vt etiam si viuus nascatur; quia tamen ob sui omnimodam imperfectionem viuere eum naturaliter est impossibile, tanquam pro non nato habetur; neque, vt dixi, aliter de his extimandum, quam de his, qui actu mortui nascuntur, qui neque nati, neque procreati videntur, leg. qui mortui, ff. de verbor. signific. Etenim non nasci, & natum mori, paria sunt, §. dubitatum, *Authent. de incestis nuptijs; Paul. in leg. uxoris abortu, num. 3. de posthum. hered. instituend. Bolognet, cons. 9. num. 24. & pro mortuo verò habetur, qui viuere non potest, Afflict. decis. 236. num. 4. & ibi Annot. num. 1. in princip. Y concluye à num. 24. Quòd si de nato in octauo mense (de quo tamen magna est controuersia, ac difficultas) dicitur, quòd habetur tanquam si esset mortuus; quanto magis id ipsum affirmandum de nato ante septimum; utpote immaturiore, debiliore, & imperfectiore?***

Tercer Medio.

52 **C**onsiste en ser cierto que la dicha Doña Ana Maria de Vergara y Arriola casò de segundo matrimonio con el dicho Don Luis de Antequera en 15. de Enero del año passado de 679. como consta de la partida de la peça de probanças, à fol. 24. con cuyo hecho (en el caso no concedido que

el postumo fuera legitimo, y pudiera heredarle) quedò privada ipso iure de la propiedad de la porcion de dicha mejora, y consiguientemente adquirida por dicha Doña Maria Manuela, y vnida con la suya, y ambas con el mayorazgo en que avia sucedido, y estava poseyendo por muerte de D. Manuel Joseph su hermano desde Diciembre de 677. y llegò el caso de la fundacion del vinculo, y mayorazgo de los dichos ocho mil ducados de mejora para el hijo segundo, en conformidad de la voluntad expresa de el fundador, y claus. 2. de dicho codicilo.

53 Esta conclusion està tocada, y resuelta en los mismos terminos por los Autores del Reyno en favor de dicha Doña Maria Manuela, como hija vnica que avia quedado del primer matrimonio, y resulta ex text. in leg. *femina*, & leg. *generaliter*, Cod. de *secund. nupt.* ibi: *Possidendi tantum, acque fruendi in diem vita, non etiam alienandi facultate concessa, leg. hac edictali, §. his illud, C. eod. tit. ibi: Vusufructu dumtaxat vita sua temporibus potatur, leg. 2. C. de indict. viduit. tollend. text. in leg. mater, C. ad Trebellian. cum alijs, & leg. 15. Taur.*

54 Et ex his iuribus la resuelven in primis Hieronim. Cevall. *commun. contr. quest. 671.* ibi: *Parentes qui transeunt ad secundas nuptias privantur successione filij prioris matrimonij morientis ab intestato, quo ad proprietatem bonorū, & tantum in usufructu succedunt, leg. 1. & Authent. ex testam. C. de secund. nupt.* y refiere al señor Covarr. à Maticnç. y otros.

55 Anton. Gom. in dict. leg. 15. Taur. num. 2. vers. ibi: *Item adde prosequendo materiam, quod in prædictis casibus talis mulier, que transiit ad secunda vota, statim ipso iure amittit dominium prædictorum bonorum respectu proprietatis, & applicatur prædictis filijs;* y refiere los mismos textos, à Rodrig. Suar. Aceved. y otros.

56 Tell. Fernand. in leg. 6. Taur. num. 19. ibi:
*Ab intestato autem secunda conclusio est, quod parentes
 priuantur successione filij, si ad secundas nuptias tran-
 sierint, dict. Authent. ex testamento, cum alijs, l. 1. C. de
 secund. nupt. Et in hoc nullus dubitat, quod succedit in
 usufructu tantum.*

57 Idem resoluit Franc. Nig. Ciriac. contr. 139:
 num. 23. ibi: *Quia Et si mater transiens ad secundas
 nuptias amittat proprietatem bonorum, quae habuit ab
 aliquo ex filijs primi mariti, Et applicetur ceteris filijs
 eiusdem matrimonij, Et fratribus illius defuncti, à quo
 bona praedicta prouenerunt, remanente tantum ipsa ma-
 tre usufructuaria, plura tradit Matienç. in leg. 3:
 titul. 1. lib. 5. Recopilat. gloss. 2. num. 2. Et seqq. Et
 num. 42.*

58 Con esta resolucion, y expresas doctrinas
 queda excluída, y satisfecha la oposicion que por la
 madre podia hazerse; scilicèt, que por aver passado à
 segundas nupcias no pudo obrar el efecto de passar la
 propiedad de los tres mil ducados à la dicha Doña
 Maria Manuela; y que solo obrò el derecho de reser-
 va; el qual se resolviò por la muerte de dicha Doña
 Maria Manuela, por no aver quedado otro hijo del
 primer matrimonio. Y asimismo se añade; que si la
 madre quedò privada de la propiedad al mismo tie-
 po que contraxo el segundo matrimonio; y la perdiò
 ipso iure, y quedò aplicada para dicha Doña Maria
 Manuela (como los Autores resuelven claramente)
 bastò que adquiriesse este derecho de propiedad en
 Enero de 679, aunque despues muriesse por Mayo de
 682, porque no pudiendo estar impendenti el domi-
 nio, bastava vna hora de vida, quanto mas el de dos
 años y medio, para causarse la vnion, y existencia del
 mayorazgo.

59 Y aunque (como los Autores resuelven) el

hecho de passar à segundas nupcias no causara la privacion, y amission de la propiedad, aplicada, y adquitida por dicha Doña Manuela, sino solo obrasse el derecho de reserva, como se alega por la madre, todavia producia los mismos efectos, pues la madre solo goza el derecho de usufructuaria, sin el de la propiedad, que no pudiendo residir en ella, ni pudiendo estar impendèti, recae en el sugeto capaz de su adquisicion, vt tenet Aceved. *in leg. 4. tit. 1. lib. 5. Recopil.* (quæ est 15. Taur.) num. 54. ampliando la resolucion de dichos Autores, sin hazer diferencia alguna à el caso de heredar ab intestato la legitima de vno de los hijos de primer matrimonio, *ante, vel post contractus secundas nuptias, quo casu tenetur reservare bona illa alijs filijs primi matrimonij: Et sic proprietates talium bonorum, fratris sui mortui, ipsis pertinet, Et sua est, etiam durante vita parentis binubi, vt inquit Anton. Gomez l. 14. Taur. num. 3. vers. Item adde prosequendo, Et num. 56. ibi: Imò Et eo ipso quod pater, aut mater nubunt secundo, amittunt dominium, Et sic proprietatem bonorum à primo matrimonio habiturum à marito, vel ab aliquo ex filijs.*

60 Así se reconoce por la dicha Doña Ana Maria, y Don Luis su marido; pues desconfiando de dicha oposicion, pasan à otra menos fundamental, diciendo, que aunque se considere aver passado la propiedad à dicha Doña Maria Manuela, no podia aver llegado el caso de la vnion: porque era necessario que la vnion se hiziera en propiedad, y usufructo, y con derecho cierto, è invariable.

61 A que se responde: lo primero, que aunque la madre quedara con el usufructo, gozando, y percibiendo, no podia embaraçar la vnion, porque para ella bastò que en Doña Manuela recayesse el dominio, y propiedad, y juntamente la posesion, que no puede

reſidir en el vſufructuario; ſiendo, como es, regla cõſtante, que *etiam retento vſufructu, & ex reſervatione transfertur poſſeſſio, & acquiritur civilis, & naturalis, & ſi actus acquirendi ſit fictus, vt ex text. in leg. certè, ff. de præcario, leg. quod meo, ff. de acquir. poſſeſſ. & ex alijs iuribus tenet D. Molin. lib. 4. de Hiſpan. primog. cap. 2. à num. 4. cum ſeqq. & num. 9. relat. ab Antonin. Amat. variar. reſolut. 26. num. 3. qui plura tradidit.*

62 Y para que ſe cauſaſſe la vnion, y existencia del mayorazgo no es neceſſario concorra en el poſſedor la percepcion del fruto, *quia a fructus non ſunt pars maioratus, ſed quid diſtinctum ab eo.* Ant. Gom. in leg. 40. Taur. num. 64. Mieres 3. part. de maiorat. queſt. 9. num. 14. Paz de tenut. cap. 8. num. 12. Y para que la ley 45. Taur. obre ſus eſectos, baſta que en el primero llamado concorra la propiedad, y poſſeſſion civil, y natural para obtener en juicio de tenuta, y poderſe deſpues transferir por ſu muerte en el ſiguiente en grado la poſſeſſion civil, y natural, *licet ab aliquo tertio ſit poſſeſſio occupata, & detenta,* idem Paz cap. 8. n. 39. & cap. 25. n. 5. & cap. 50. n. 1. & 2.

63 Lo ſegundo, porque la madre en lo eſpecial de nueſtro caſo por la voluntad del fundador nunca fue, ni pudo ſer vſufructuaria; y ſe conuence por las miſmas clauſulas cõ tres razones: La primera, porque mandò eſpreſſamente *clauſ. 1.* que los ocho mil ducados ſe puſieſſen en renta; y lo ratifica en la *clauſ. 4.* La ſegunda, porque previniendo el caſo de la vnion en qualquiera de los mejorados, la excluye de todo derecho, y vſufructo en la *clauſ. fin.* mandando, que ſolo ſe le acuda con la mitad de los reditos de dichos ocho mil ducados: y quando ay voluntad, ò eſtatuto que excluye à la madre del vſufructo, queda privada del, como de la propiedad, vt ex Bald. *conf. 212. vol. 2.*

§ 454. vol. 4. & ex alijs notat Boer. decis. 185. n. 17.
ibi: *Quia etiam fieri potest per statutum, quod mater
primetur successione filij per transitum ad secunda vo-
ta, & sic usufructu.* La tercera, porque la misma ma-
dre con este conocimiento, y vencida de la razon, y
conformandose con la voluntad del testador, consin-
tió en la particion se formasse para la mejora el pliego
de los ocho mil ducados, para que se pusiesen en ren-
ta, en cumplimiento de dicha voluntad, y renunció
qualquier derecho, vt dictum est supra num.

64 - Et hæc pro huius partis defensione, satisfacere
nobis visum est, tanquam necessaria, in vitia præter
cuntes, vt nos docet Quintilian. lib. 4. instit. orat. cap. 2.
ibi: *Nos breuitatem in eo ponimus, non vt minus, sed ne
plus dicatur, quam oportet.* Y assi espera se determine
à su favor. **S, S, S. D. C.**

Lic. D. Iuan Diaz

Quixano,